

LE IDEE DEGLI ALTRI

NICOLA MADÀ

Recensione a Enrico Mezzetti
“Diritto penale. Dottrina, casi e materiali –
Terza edizione”
Bologna, Zanichelli Editore, 2020, pp. 1-959

Il Prof. Mezzetti ha consegnato agli operatori ed agli studiosi di diritto penale questa terza edizione del volume “*Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*”, anticipando già attraverso il titolo l’innovativo metodo utilizzato per illustrare i temi fondamentali connessi alla teoria generale del reato.

L’innovazione del metodo adottato dal Prof. Mezzetti non è data semplicemente dall’approccio di tipo “*casistico*” proprio dei sistemi di *common law*, ma è rappresentata soprattutto dall’uso della giurisprudenza, nazionale ed europea, per spiegare i principi fondanti del diritto penale.

Tale approccio esplicativo conferisce concretezza ed attualità agli istituti trattati, rendendo evidenti, anche agli occhi di chi non è mai entrato in un’Aula di Tribunale, le importanti ricadute applicative derivanti dalla scelta di una soluzione interpretativa piuttosto di un’altra, in quanto precipitato logico di diverse e ben precise visioni del diritto penale e della sua funzione all’interno dell’ordinamento.

Nell’intero volume particolare attenzione è dedicata all’argomentazione logico – giuridica che sembra essere anche alla base dell’ordine di trattazione assegnato agli argomenti, non perfettamente sovrapponibile a quello dei manuali tradizionali.

Alla medesima finalità di valorizzazione del ragionamento e di sviluppo dell’argomentazione si inserisce evidentemente la scelta di non limitarsi a richiamare i diversi orientamenti giurisprudenziali, ma di riportare integralmente i passaggi più significativi delle motivazioni delle sentenze così da metterne in luce il procedimento argomentativo.

Particolarmente interessante e funzionale a tale scopo risulta l’uso del “*Quesito*” attraverso il quale, in progressione di complessità, vengono sapientemente inseriti nel corso della trattazione interrogativi aventi ad oggetto la soluzione da adottare in casi particolari, cui è fornita una risposta mediante il riferimento ad una pronuncia particolarmente significativa, così cristallizzando la questione di diritto controversa e rendendola immediatamente comprensibile.

La persistente validità degli esiti interpretativi raggiunti dal diritto vivente vie-

ne poi valutata alla stregua degli interventi normativi più recenti nonché della giurisprudenza delle Corti europee, alla quale viene dedicata una costante e particolare attenzione, in considerazione della progressiva espansione e del sempre crescente impatto del diritto CEDU e del diritto dell'Unione Europea nella materia penale.

Ed infatti, gli istituti, i principi e le grandi questioni del diritto penale sono costantemente illustrati e riguardati alla luce di un'approfondita esegesi delle pronunce più recenti e rilevanti della Corte EDU e della Corte di Giustizia UE.

In questa ottica, specifico riguardo è dedicato in primo luogo al tema del possibile intervento diretto della normativa europea in materia penale, avviando la riflessione sul punto da un'analisi critica della "prima" sentenza Taricco (CGUE, 8 settembre 2015, n. C-105/14).

In proposito, si osserva come tale pronuncia rappresenti il risultato interpretativo di un'applicazione distorta del principio di assimilazione (art. 325, par. 2 TFUE). Infatti, una corretta applicazione del principio in parola avrebbe imposto di utilizzare, quale parametro di valutazione del rispetto degli *standard* minimi di tutela, la disciplina della prescrizione - ordinaria - prevista per i reati tributari e non già quella - eccezionale - della fattispecie di cui all'art. 291 *quater* del D.P.R. 43/1973 (pag. 61).

Seguendo l'*iter* logico delle argomentazioni sviluppate nell'ambito del "*dialogo tra Corti*", instaurato dalla Corte Costituzionale a partire dall'ordinanza n. 24/2017, si procede all'esame del principio enunciato nella sentenza c.d. Taricco *bis* (CGUE, 5 dicembre 2017, n. C-42/178), che ha delimitato l'ambito di una "*corretta*" interpretazione dell'art. 325, par. 2 TFUE in sintonia con i presidi basilari su cui si edifica il nostro ordinamento - essenzialmente il principio di legalità e i suoi corollari-, così da indurre la Corte Costituzionale, con la nota sentenza n. 115/2018, a prendere atto della "nuova" posizione assunta dai giudici di Lussemburgo, e, di conseguenza, a non attivare i c.d. controlimiti, dichiarando l'incostituzionalità della regola Taricco in considerazione della indeterminatezza della nozione di "*numero considerevole di casi*" e al contrasto con il principio di legalità, anche europea, sotto il profilo della prevedibilità della decisione (pagg. 64 - 65).

Prendendo le mosse dall'esame del concorso apparente di norme e dal principio di specialità, valutato anche nella sua dimensione sovranazionale, è poi dedicata grande cura al tema del *ne bis in idem* sostanziale alla luce della più recente giurisprudenza della Corte EDU e dalla Corte di Giustizia.

In particolare, individuato il suo fondamento nel divieto di *ne bis in idem*

processuale e nel principio di colpevolezza, da cui discende il criterio di proporzionalità della pena così come interpretato dalla Corte EDU nella sentenza *A e B c. Norvegia*, del 15 novembre 2016, se ne valutano le ricadute applicative in materia di qualificazioni giuridiche multiple e doppio binario sanzionatorio, sottolineando anche la recente mancata occasione della Corte Costituzionale di risolvere definitivamente l'annosa questione relativa alla natura giuridica delle sanzioni, asseritamente amministrative, in tema di abusi di mercato (pag. 172).

Un approfondito esame del panorama giurisprudenziale della Corte EDU in materia di doppio binario sanzionatorio e delimitazione del concetto di “*sanzione penale*” è offerto anche attraverso l'illustrazione della disciplina della confisca urbanistica di cui all'art. 44 del D.P.R. 380/2001.

A tale proposito, l'Autore rileva il ruolo centrale assunto dalla Corte EDU, con le sentenze emesse nell'ambito della vicenda *Sud Fondi e a. c. Italia* il 30 agosto 2007 e il 20 gennaio 2009 e con la sentenza *Varvara c. Italia* del 29 ottobre 2013, nel riaffermare il principio di colpevolezza mettendo fine ad una vera e propria “*frode delle etichette*” relativamente alla natura giuridica della confisca urbanistica (pag. 885 ss).

Nel dare conto delle principali modifiche normative intervenute in materia penale il Prof. Mezzetti, sia pure assumendo una posizione critica rispetto alla qualità formale e sostanziale degli interventi normativi, sottolinea la necessità di valutare il ruolo e la funzione di difesa sociale attualmente assegnato al diritto penale, in quanto solo prendendo atto di ciò è possibile opporre a soluzioni securitarie, cui sono dirette le *disposizioni* introdotte dal legislatore, *norme* che siano effettivamente rispettose dei principi di legalità e colpevolezza nell'ambito di un autentico diritto penale del fatto e non dell'autore (pagg. 736-745).

Così, in tema di legittima difesa si sottolinea come il tentativo, operato con la l. 26 aprile 2019 n. 36, di introdurre una presunzione *iuris et de iure* di sussistenza dello stato di legittima difesa e di proporzionalità della reazione ad una aggressione avvenuta all'interno del proprio domicilio, abbia trovato una ferma ed immediata opposizione da parte della dottrina e della giurisprudenza (Cass., sez. IV, 13 giugno 2019, n. 40414 e Cass., sez. I, 14 maggio 2019, n. 39977). Al riguardo l'Autore evidenzia la natura di norme penali culturali di tali disposizioni in quanto destinate *ab initio*, per la loro irrilevanza ovvero per la loro incostituzionalità, solo a trasferire ai consociati messaggi rassicuranti rispetto a fenomeni del tutto contingenti senza che si produca alcun effetto rilevante (pag. 318).

Risultano ispirate ad analoghe finalità populiste, significativamente individuate dallo stesso legislatore nella garanzia della “*certezza della pena*” e nel “*contrasto ai fenomeni corruttivi*”, le modifiche apportate dalla l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. “*Spazzacorrotti*”) in tema di prescrizione, di pene accessorie perpetue per i reati dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione, reati inseriti per la maggior parte tra i c.d. “*reati ostativi*” di cui all’art. 4 *bis* ord. pen., intervento normativo di cui si dà ampiamente conto nel volume.

Il Prof. Mezzetti rileva, in primo luogo, come la nuova causa di sospensione della prescrizione introdotta al secondo comma dell’art. 159 c.p. costituisca un’ipotesi di “*truffa delle etichette*”, considerato che sospendere il corso della prescrizione dalla sentenza di primo grado sino alla data di esecutività della sentenza stessa, significa, di fatto, bloccare il decorso del termine prescrizione dopo una pronuncia di primo grado, anche assolutoria, con gravi ripercussioni sui diritti di difesa, presunzione di innocenza e ragionevolezza del sistema (pag. 689).

Al di là della coerenza interna della modifica normativa, l’Autore ne mette in risalto la distonia rispetto al sistema laddove la l. 3/2019, modificando il primo comma dell’art. 158 c.p., ha ripristinato la vecchia regola per la quale il termine di prescrizione, nel caso di continuazione di reati, inizia a decorrere dalla cessazione della continuazione, così riservando un trattamento deteriore a chi commette più reati avinti dal vincolo della continuazione, nonostante la riprovevolezza complessiva dell’agente sia minore che nei normali casi di chi commette più reati distanti nel tempo e non collegati tra loro dall’esistenza di un medesimo disegno criminoso (pag. 687).

Ciò in palese contrasto con la *ratio* di istituto di favore del reato continuato, che, da un lato, produrrebbe effetti favorevoli in relazione alla quantificazione della pena e, dall’altra, effetti sfavorevoli sulla prescrizione, con il rischio concreto di un allungamento surrettizio del termine prescrizione mediante la semplice contestazione dell’art. 81 cpv. c.p. (pag. 688).

Dunque, la recente scelta legislativa si pone in aperto contrasto con le caratteristiche assunte dall’istituto della continuazione di reati a seguito delle modifiche apportate dalle riforme del 1974 e del 2005, in forza delle quali si è, dapprima, riformulato l’art. 81, comma 3 c.p., ammettendone l’applicazione anche in relazione a violazioni di norme eterogenee ed è stata soppressa la locuzione “*le diverse violazioni si considerano come un solo reato*”, per poi ultimare la trasformazione individuando il *dies a quo* di decorrenza del termine prescrizione in relazione ad ogni singolo illecito.

Tali interventi normativi, ponendo fine all’annoso dibattito della dottrina

concernente la natura unitaria o pluralistica del reato continuato (dibattito animato dai fautori della concezione unitaria delle varie azioni già al livello della realtà e da chi sosteneva trattarsi di semplice *fictio iuris*), avevano imposto una visione atomistica dei singoli illeciti, conformando l'istituto come un'ipotesi di concorso materiale di reati, trattata alla stregua del concorso formale solo *quoad poenam*, in considerazione del minor grado di colpevolezza mostrata dal soggetto agente (pagg. 592 ss.).

La vocazione puramente securitaria e repressiva della l. 9 gennaio 2019, n. 3, che si è tradotta nell'introduzione di disposizioni disorganiche rispetto al sistema normativo vigente ed in spregio al diritto vivente, è testimoniata altresì dalle nuove norme che mostrano di privilegiare le pene accessorie fisse e perpetue in relazione ai reati contro la P.A., nonostante l'incompatibilità concettuale con gli artt. 3 e 27 Cost. delle pene accessorie determinate in maniera fissa dal legislatore, come di recente affermato dalla Consulta, con la sentenza n. 222 del 5 dicembre 2018 (pag. 775).

La pertinenza delle critiche mosse alla l. 3/2019 trova ulteriore conferma nella fondamentale sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 12 febbraio 2020, la cui motivazione è parzialmente riportata nel volume, con la quale sono state accolte le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione alla modifica dell'art. 4 *bis* ord. pen. (pag. 819).

La Consulta ha, infatti, chiarito la necessità che il principio di cui all'art. 25 Cost. di legalità della pena e di irretroattività della norma penale sfavorevole trovi applicazione anche in relazione alla riforma dell'art. 4 *bis* ord. pen., avendo tale modifica determinato una vera e propria trasformazione della natura stessa della pena e non solo un mutamento *in peius* delle sue modalità esecutive.

Inoltre, prendendo le mosse da un'approfondita analisi della sentenza della Corte EDU *Viola c. Italia* del 13 giugno 2019 e della conseguente pronuncia della Corte Costituzionale n. 253 del 4 dicembre 2019 in tema di ergastolo ostativo, si mette in luce il ruolo fondamentale attualmente assunto dalla Corte Costituzionale e dalla Corte EDU nel porre un freno al processo di progressiva erosione dei principi costituzionali di personalità della responsabilità penale, legalità e colpevolezza e di retrocessione delle garanzie processuali, conseguenza dell'identificazione della funzione della pena esclusivamente nella neutralizzazione del soggetto agente (pag. 765).

La prospettiva operativa, nella quale non vengono mai trattati in maniera standardizzata ed appiattita gli esiti giurisprudenziali già consolidati, sebbene non sempre condivisibili, suscita la riflessione fatta dal Prof. Mezzetti all'esito

dell'esame della giurisprudenza e della dottrina in tema di dolo eventuale e colpa cosciente nonché di dolo alternativo, con cui si lascia intravedere il “*filo rosso*” che unisce le principali questioni in tema di dolo: la difficile prova dell'esistenza del dolo nel processo (pagg. 385-390 e pagg. 397-412).

Su questa linea si muove, quindi, la critica mossa al ricorso sempre più frequente da parte della giurisprudenza a strumenti presuntivi di prova della colpevolezza dell'agente allo scopo di sopperire alle difficoltà di accertamento. Ed invero tale scelta ha comportato un inevitabile quanto grave impoverimento del coefficiente psicologico del reato, impoverimento tanto più intollerabile quanto più si dissolve sul piano dogmatico l'elemento volontaristico della singola figura astratta di dolo (pagg. 379 - 380).

A conferma di tale conclusione si richiamano anche le critiche espresse e gli argomenti utilizzati dal Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione nel corso della nota requisitoria svolta nell'ambito del processo Dell'Utri (Cass., sez. V, 9 marzo 2012, n. 15727) (pagg. 377 - 378).

Nella medesima ottica di profonda riflessione e presa di coscienza di questioni controverse, affrontate non solo sul piano astratto ma, soprattutto, nella loro dimensione concreto-applicativa, si pone l'analisi concernente il c.d. concorso eventuale nel reato associativo, rispetto al quale si rileva come il problema non sia tanto quello dell'astratta configurabilità dell'istituto, quanto dell'individuazione delle caratteristiche che gli sono proprie e che servono a distinguerlo dalle fattispecie contigue di assistenza agli associati.

A conferma di ciò, si osserva come, nonostante il concorso esterno sia pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza malgrado le numerose ed aspre critiche mosse dalla dottrina, sia proprio questo il tema - ovvero l'esatta delimitazione dei suoi contorni applicativi- su cui nell'ultimo ventennio le Sezioni Unite della Suprema Corte sono state chiamate più volte a pronunciarsi (pag. 655).

Così, dopo una minuziosa disamina delle diverse pronunce che si sono succedute nel tempo e che sono servite a specificare gli elementi strutturali della fattispecie del concorso esterno, il Prof. Mezzetti chiarisce come ancora una volta la questione di fondo non sia l'*an*, ma il *quomodo* dell'istituto e, dunque, le incertezze collegate al suo accertamento processuale, reso estremamente complesso dal *deficit* di tipicità che lo affligge e che è tale da determinare la necessità che sia il giudice di volta in volta a colmare il vuoto normativo (pag. 661).

Peraltro, in tema di reati associativi la tensione esistente tra diritto positivo e diritto vivente, di cui si deve far carico il giudice, è emersa anche in relazione

alla stessa perimetrazione delle figure limitrofe di cui agli artt. 416 e 416 *bis* c.p., come si desume dalla nota vicenda “*Mafia Capitale*”.

Al riguardo, la Suprema Corte, all’esito di un complesso e tormentato *iter* processuale, ha colto l’occasione per ribadire che la necessità pratica di dare risposte a problemi e questioni contingenti non può in alcun modo giustificare semplificazioni probatorie che determinano, in concreto, la violazione del principio costituzionale di legalità sotto il profilo della tassatività della fattispecie e della prevedibilità delle decisioni (Cass. pen., sez. VI, 22 ottobre 2019, n. 18125).

Analogo pregio mostrano gli approfondimenti dottrinali e gli spunti di riflessione suggeriti dall’Autore su una delle questioni più complesse, oltretutto attuali, del c.d. diritto intertemporale: ovvero i possibili effetti sul giudicato del mutamento giurisprudenziale *in bonam partem*.

Ed invero, ove si considerino, come fa l’Autore, le più recenti sentenze della Corte di Strasburgo, che ricomprendono nel concetto di legalità rilevante il diritto di derivazione giurisprudenziale, a cui si estende il principio di irretroattività in ipotesi di mutamento sfavorevole (Corte EDU, 31 dicembre 2019, *Parmak e Bakir c. Turchia*; Corte EDU, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*), ben si comprende come il tema della retroattività dell’interpretazione favorevole sopravvenuta rimanga di particolare attualità, nonostante, in linea con quanto affermato dalla Corte Costituzionale (Corte Cost., 12 ottobre 2012, n. 230), per giungere all’equiparazione diritto positivo–diritto vivente sia comunque necessario un intervento normativo (pagg. 101-103).

Nella dimensione più propria della struttura del fatto di reato, assumono un particolare pregio di originalità, sia il collegamento complessivamente effettuato tra principio di offensività e responsabilità oggettiva, utilizzando, approccio che non si rinviene in nessun altro manuale recente, il concetto di rischio connesso al *versari in re illicita*, nozione che viene impiegata pure nello sviluppo nella connessione tra rischi nella spiegazione del rapporto causale nel diritto penale, col recupero di temi dell’imputazione oggettiva dell’evento come elemento di responsabilizzazione distinto da quello causale, che la personale ricostruzione che l’autore effettua in tema di categoria generale delle esimenti, ripartendo la stessa tra giustificanti, scriminanti e scusanti. Con ciò proponendo una raffinata distinzione tra antigiuridicità generale, antigiuridicità penale e colpevolezza (e sue cause di esclusione).

In conclusione, l’innovativo metodo esplicativo adottato dal Prof. Mezzetti nell’illustrazione dei principi generali e degli istituti fondanti del diritto penale

si dimostra capace di instaurare un confronto dialettico e dialogico tra i diversi orientamenti esistenti in dottrina ed in giurisprudenza, mettendo in luce per ciascuno di essi punti di forza e criticità, conferendo all'opera una preziosa ricchezza di contenuti.

Insomma, un manuale d'avanguardia ricco di spunti di riflessione per il penalista moderno.